Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.103/2005 /vje

Urteil vom 4. August 2005
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, Präsident,
Bundesrichter Hungerbühler,
Ersatzrichterin Stamm Hurter,
Gerichtsschreiber Fux.

Parteien
A.X._____, zur Zeit im Ausland,
B.X._____,
C.X._____,
Beschwerdeführer,

gegen

Regierungsrat des Kantons Zürich,
Kaspar Escher-Haus, 8090 Zürich,
Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 2. Abteilung, 2. Kammer, Postfach, Militärstrasse 36, 8090 Zürich.

Gegenstand
Aufenthaltsbewilligung,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich,
2. Abteilung, 2. Kammer, vom 22. Dezember 2004.

Sachverhalt:
A.
A.X._____ (geboren 1975) stammt aus dem Kosovo und ist serbisch-montegrinischer Staatsangehöriger. Am 6. Juni 1995 reiste er erstmals in die Schweiz ein und suchte hier - erfolglos - um Asyl nach (Nichteintretensentscheid des Bundesamts für Flüchtlinge vom 27. Oktober 1995). Am 16. August 1996 heiratete er vor dem Zivilstandsamt Bütschwil/SG seine Landsfrau B.X._____ (geboren 1977), die über eine Niederlassungsbewilligung im Kanton St. Gallen verfügte. Die Ehegatten haben zwei Töchter: C.X._____ (geboren im Jahre 1998) und D.X._____ (geboren im Jahre 2004). A.X._____ erhielt am 3. Dezember 1996 die provisorische Bewilligung zum erwerbslosen Aufenthalt.

Das Obergericht des Kantons Zürich verurteilte A.X._____ am 27. Februar 1998 zweitinstanzlich wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz, mehrfachen vollendeten und versuchten Diebstahls, mehrfacher Sachbeschädigung und mehrfachen Hausfriedensbruchs zu 18 Monaten Gefängnis bedingt. Am 9. Juli 1998 wurde A.X._____ nach Belgrad ausgeschafft. Das Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Familiennachzug wurde von der Kantonalen Fremdenpolizei St. Gallen am 23. Juli 1998 abgelehnt. Die von B.X._____ hiergegen eingelegten Rechtsmittel blieben ohne Erfolg (Entscheid des Justiz- und Polizeidepartements des Kantons St. Gallen vom 5. August 1999; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 18. November 1999; Urteil des Bundesgerichts 2A.14/ 2000 vom 20. März 2000).

Am 8. Juli 1998 verfügte das Bundesamt für Ausländerfragen (heute: Bundesamt für Migration) gegen A.X._____

eine Einreisesperre auf unbestimmte Dauer. Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement bestätigte am 8. August 2000 die Einreisesperre und am 18. März 2003 den ablehnenden Wiedererwägungsentscheid (vom 27. Mai 2002) des Bundesamts für Ausländerfragen.
B.
Am 30. Juni 2003 erhielten B.X._____ und ihre Tochter C.X._____ Azizi eine Niederlassungsbewilligung für den Kanton Zürich. Am 26. August 2003 ersuchte A.X._____, der in Norditalien lebt und dort aufenthaltsberechtigt ist, erneut um Bewilligung der Einreise zum Verbleib bei Ehefrau und Tochter. Das Gesuch wurde vom Migrationsamt des Kantons Zürich mit Verfügung vom 16. September 2003 abgewiesen. Ein dagegen erhobener Rekurs wurde am 7. Juli 2004 vom Regierungsrat des Kantons Zürich ebenfalls abgewiesen. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich bestätigte auf Beschwerde hin am 22. Dezember 2004 diesen Beschluss.
C.
A.X._____, B.X._____ und C.X._____ Azizi haben am 14. Februar 2005 beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht mit den Begehren, das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich sei aufzuheben und es sei A.X._____ die Einreise zu seiner Familie zu bewilligen sowie die Aufenthaltsbewilligung zum Zweck des Lebens der familiären Bindung zuzusprechen.

Die Staatskanzlei des Kantons Zürich beantragt (für den Regierungsrat) die Abweisung der Beschwerde. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich sowie das Bundesamt für Migration beantragen, die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Die Verweigerung einer fremdenpolizeilichen Aufenthaltsbewilligung kann nur dann mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde angefochten werden, wenn der Ausländer gestützt auf eine Sondernorm des Bundesrechts oder eines Staatsvertrags einen Anspruch auf die Bewilligung besitzt (Art. 100 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 e contrario OG; vgl. Art. 4 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, ANAG; SR 142.20; BGE 130 II 281 E. 2.1 S. 284; 388 E. 1.1 S. 389 f., je mit Hinweisen).

Im vorliegenden Fall ergibt sich ein solcher Anspruch aus Art. 17 Abs. 2 ANAG: Danach hat der Ehegatte eines Ausländers, der im Besitz der Niederlassungsbewilligung ist, Anspruch auf Erteilung (und Verlängerung) einer Bewilligung, solange die Ehegatten zusammen wohnen oder dies zu tun beabsichtigen (vgl. Urteil 2A.46/2002 vom 23. Mai 2002, E. 1.2). Zwar befindet sich der Beschwerdeführer zurzeit in Italien; er wird dort aber von seiner Frau und seinem Kind, die beide die Niederlassungsbewilligung besitzen, regelmässig besucht. Ein analoger Anspruch besteht zudem aufgrund von Art. 8 EMRK: Diese Konventionsbestimmung garantiert den Schutz des (Privat- und) Familienlebens, wenn nahe Angehörige über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Schweiz verfügen und die familiäre Beziehung tatsächlich gelebt wird und intakt ist (statt vieler: BGE 130 II 281 E. 3.1 S. 285 f.). Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erweist sich somit als zulässig.

Sowohl der Beschwerdeführer als auch seine Frau und seine Tochter sind gemäss Art. 103 lit. a OG zur Beschwerde legitimiert.
1.2 Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 104 lit. a und lit. b OG), nicht jedoch die Unangemessenheit des angefochtenen Entscheids (vgl. Art. 104 lit. c OG) gerügt werden. Hat - wie hier - eine richterliche Behörde als Vorinstanz entschieden, ist das Bundesgericht an die Sachverhaltsfeststellung gebunden, sofern diese nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen erfolgt ist (Art. 105 Abs. 2 OG).
2.
Der Anspruch des Ausländers auf Erteilung oder Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung erlischt, wenn dieser gegen die öffentliche Ordnung verstossen hat (Art. 17 Abs. 2 letzter Satz ANAG); es braucht kein Ausweisungsgrund im Sinn von Art. 10 ANAG vorzuliegen; dies im Unterschied zu Art. 7 Abs. 1 ANAG (ausländischer Ehegatte eines Schweizer Bürgers). Die Verweigerung der Bewilligung muss nach den allgemeinen Regeln des

Verwaltungsrechts verhältnismässig sein. Weil bereits geringere öffentliche Interessen (als im Fall von Art. 7 Abs. 1 ANAG) für ein Erlöschen des Anspruchs genügen, sind auch die entgegenstehenden privaten Interessen weniger stark zu werten als bei einer Ausweisung bzw. müssen diese besonders gewichtig sein (BGE 120 Ib 129 E. 4a S. 130 f., mit Hinweisen; zur Interessenabwägung gemäss Art. 8 Ziff. 2 EMRK vgl. BGE 122 II 1 E. 2 S. 5 f., mit Hinweisen).
3.
3.1 Dem Beschwerdeführer war im Jahr 1998 im Kanton St. Gallen die Aufenthaltsbewilligung im Familiennachzug verweigert worden, weil er gegen die öffentliche Ordnung verstossen hatte. Das Bundesgericht hat letztinstanzlich diesen Entscheid als mit der Regelung des Art. 17 Abs. 2 ANAG und Art. 8 EMRK vereinbar beurteilt. Es hat erwogen, aufgrund der Straffälligkeit und der begangenen Delikte bestehe ein überragendes Interesse daran, den Beschwerdeführer von der Schweiz fern zu halten, zumal auch die Prognose für künftiges Wohlverhalten ungünstig ausfalle. Gegenüber den öffentlichen Interessen an der Fernhaltung hätten die privaten Interessen (des Beschwerdeführers, seiner Frau und seiner Tochter) zurückzutreten (Urteil 2A.14/ 2000 vom 20. März 2000, E. 3c).
3.2 Im erneuten Gesuch vom 26. August 2003 um Aufenthaltsbewilligung machen die Beschwerdeführer geltend, A.X._____ habe sich seit 1996 nachweisbar klaglos verhalten. Mit Blick auf die ihm damals auferlegte Strafe von 18 Monaten Gefängnis bedingt sei die Nichtaufhebung der Einreisesperre und das Verweigern einer Aufenthaltsbewilligung nach nun über acht Jahren äbsolut unverhältnismässig.. Die Voraussetzungen für einen Familiennachzug seien jetzt erfüllt.

Die Vorinstanz erwog, die Verhältnisse seien nicht nur im Bewilligungsverfahren, sondern auch im Zusammenhang mit der Einreisesperre schon zwei Mal überprüft worden (nämlich am 8. August 2000 und am 18. März 2003). Das Migrationsamt habe zudem erkannt, dass gegenüber den Verhältnissen, die seinerzeit im Kanton St. Gallen zur Abweisung des Bewilligungsgesuchs geführt hatten, keine Veränderungen vorlägen; es habe vielmehr vollumfänglich auf die früheren Beurteilungen durch die st. gallische Fremdenpolizei und das Bundesgericht verwiesen. Unter diesen Umständen hätte das Migrationsamt auf das Gesuch vom 26. August 2003 eigentlich nicht eintreten müssen.

Wie es sich damit verhält, kann offen bleiben. Nachdem das Migrationsamt in der Sache entschieden hat, konnte der neue Entscheid im Rechtsmittelverfahren angefochten werden, wie die Vorinstanz zu Recht erkannt hat. Gegenstand der erneuten Prüfung kann indessen nur die Frage sein, ob sich die relevanten Verhältnisse im Zeitraum seit dem Bundesgerichtsurteil vom 20. März 2000 bis zum vorinstanzlichen Entscheid (am 22. Dezember 2004) dermassen geändert haben, dass dem Beschwerdeführer die beantragte Bewilligung nunmehr erteilt werden muss (vgl. Urteil 2A.50/2004 vom 4. Juni 2004, E. 2.2).
4.
4.1 Die Vorinstanz erwog, dass sich die massgeblichen Verhältnisse seit dem Zeitpunkt der letzten Beurteilung durch das Bundesgericht nicht verändert hätten. Dem Beschwerdeführer sei damals die Aufenthaltsbewilligung verweigert worden in der Auffassung, dass er sich vorerst während längerer Zeit im Ausland werde bewähren müssen. Die Beurteilung durch das Bundesgericht habe damit den Umstand mit umfasst, dass eine Dauermassnahme von mehreren Jahren rechtmässig, weil verhältnismässig, sei. Aus der Tatsache, dass seit jenem Bundesgerichtsurteil weitere viereinhalb Jahre verflossen seien und die Wegweisung insgesamt sechseinhalb Jahre dauere, könne nicht auf eine Veränderung der massgeblichen Verhältnisse geschlossen werden. Änderungen anderer Art seien nicht ersichtlich.
4.2 Der angefochtene Entscheid erweist sich, entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer, nicht als bundesrechtswidrig:
4.2.1 Wie die Vorinstanz zunächst zu Recht feststellt, trifft es nicht zu, dass die Einreisesperre seit mehr als acht Jahren andauere. Der massgebliche Zeitraum beträgt vielmehr knapp sechseinhalb Jahre (Rechtskraft der Verfügung am 8. August 1998 bis zum vorinstanzlichen Urteil am 22. Dezember 2004). Ferner hat die Vorinstanz den Einwand des Beschwerdeführers, er weise seit 1996 ein ñachweisbar klagloses Verhaltenäuf, weder übersehen noch bestritten. Sie hat lediglich festgestellt, der Beschwerdeführer sei am 27. Februar 1998 letztinstanzlich wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz und anderer Delikte zu 18 Monaten Gefängnis bedingt verurteilt worden. Inwiefern die Vorinstanz mit dieser Sachverhaltsdarstellung wesentliche Verfahrensbestimmungen (vgl. Art. 105 Abs. 2 OG) oder den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt haben

soll, ist nicht ersichtlich.
4.2.2 Aus den Akten ergibt sich, dass der Beschwerdeführer eine Arbeitsstelle an seinem jetzigen Aufenthaltsort in Italien hat und dass sein italienischer Strafregisterauszug bis zum 28. Mai 2003 keine Einträge aufweist. Sein anscheinend korrektes Verhalten in Italien und seine Bemühungen, wieder Fuss zu fassen, sind zwar positiv zu würdigen. Anderseits ist aber ein tadelloses Verhalten des Beschwerdeführers seit der Verurteilung selbstverständlich, ist dies doch Voraussetzung dafür, eines Tages eine Aufhebung der Einreisesperre zu erreichen und eine Aufenthaltsbewilligung zu erlangen. Weiter ist zu berücksichtigen, dass strafrechtliche und fremdenpolizeiliche Massnahmen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung unterschiedlichen Zwecken dienen; aus der von der Fremdenpolizei vorzunehmenden umfassenden Interessenabwägung ergibt sich ein vergleichsweise strengerer Beurteilungsmassstab (vgl. BGE 120 Ib 129 E. 5b S. 132; 125 II 521 E. 4a/bb S. 527 f., je mit Hinweisen).

Vorliegend fällt ins Gewicht, dass der Beschwerdeführer kurz nach seiner Einreise als Asylbewerber bzw. kurz nach Einreichung seines ersten Gesuchs um Familiennachzug mehrfach straffällig wurde und neben Einbruchdiebstählen und -versuchen auch bei einem Handel von 250 Gramm Heroin mitwirkte. Mit Rücksicht darauf genügt der in der Beschwerdeschrift hauptsächlich geltend gemachte Umstand, der Beschwerdeführer habe seit seiner Verurteilung zu keinen Klagen mehr Anlass gegeben, für sich allein nicht, um bereits jetzt eine Rückfallgefahr mit der für die erstmalige Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung erforderlichen Sicherheit ausschliessen zu können. Die bisherige Dauer der Bewährung besitzt unter den gegebenen Umständen noch nicht genügend Gewicht, um die gegen den Beschwerdeführer aufgrund seines Verhaltens in früheren Jahren bestehenden Bedenken auszuräumen. Vielmehr besteht nach wie vor ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers.

In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement seinerseits bei einer Einreisesperre auf unbestimmte Dauer praxisgemäss von einer Bewährungsfrist von rund zehn Jahren seit der letzten strafrechtlichen Verurteilung ausgeht. Im Fall des Beschwerdeführers hat das Departement die entsprechende Administrativmassnahme am 18. März 2003 als vorderhand noch sachlich gerechtfertigt und den Umständen angepasst beurteilt.
4.2.3 Bezüglich der persönlichen Verhältnisse hat die Vorinstanz wesentliche Änderungen gegenüber der Situation im Zeitpunkt des Bundesgerichtsurteils vom 20. März 2000 ebenfalls verneint: Die Ehefrau habe schon bei der Heirat um die drohende Wegweisung ihres Gatten gewusst. An der fremdenpolizeilichen Situation des Beschwerdeführers vermöge auch die Geburt des zweiten Kindes (am 26. Juli 2004) nichts zu ändern.

Dem ist zuzustimmen: Dass der Beschwerdeführer inzwischen in Italien lebt und dort über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt, lässt die Interessenabwägung nicht anders ausfallen. Nach wie vor ist es der Beschwerdeführerin zumutbar, ihrem Gatten mit den Kindern, die sich noch in einem anpassungsfähigen Alter befinden, in die Heimat oder allenfalls nach Italien zu folgen, um ihre Ehe dort zu leben. Im Übrigen ist auch die Pflege der familiären Beziehungen unter den gegenwärtigen Bedingungen, entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer, durchaus möglich und mit Blick auf den Wohnsitz und die Verdienstmöglichkeiten des Beschwerdeführers und seiner Gattin nicht bloss theoretischer Natur. Aus den Akten ist ersichtlich, dass die gegen den Beschwerdeführer verhängte Einreisesperre in Anwendung von Art. 13 Abs. 1 ANAG wiederholt zu Besuchszwecken ausgesetzt worden ist. Aufgrund des grenznahen Wohnsitzes des Beschwerdeführers in Norditalien dürften die Ehegattin und die Kindern ferner in der Lage sein, den Beschwerdeführer regelmässig an Wochenenden oder in den Ferien zu besuchen; insofern erscheint es trotz getrennter Wohnsitze möglich, die affektiven Beziehungen der Kinder zu ihrem Vater aufrecht zu erhalten oder aufzubauen. Auch im Licht
von Art. 8 EMRK (und Art. 13 BV) ist somit die Interessenabwägung nicht zu beanstanden. Aus dem von den Beschwerdeführern erwähnten Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (vom 21. Juni 1988 i.S. Berrehab gegen die Niederlande, in: Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, Série A, Vol. 138) ergibt sich nichts anderes.
5. Die Vorinstanz durfte somit, zusammengefasst, zulässigerweise erkennen, dass seit dem Bundesgerichtsurteil vom 20. März 2000 keine wesentlichen Änderungen des rechtserheblichen Sachverhalts eingetreten seien, die eine abweichende Beurteilung rechtfertigen. In Würdigung der gesamten Umstände ergibt sich, dass das öffentliche Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers, insbesondere aufgrund der begangenen Delikte, die

privaten Interessen der Betroffenen an der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zurzeit noch überwiegt. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass dem Beschwerdeführer die frühere Beurteilung nicht mehr wird entgegengehalten werden können, sobald er durch eine weitere Dauer der Bewährung und durch andere Umstände glaubhaft zu machen vermag, dass von ihm kein erhebliches Risiko mehr ausgeht. Im gegebenen Zeitpunkt wird deshalb eine neue fremdenpolizeiliche Interessenabwägung vorzunehmen sein, die durchaus zu Gunsten des Beschwerdeführers ausfallen könnte. Im gleichen Sinn ist der Hinweis des Bundesamts für Migration zu verstehen, das Bundesamt würde bei einer allfälligen Bewilligungserteilung durch den Kanton Zürich seinerseits die Einreisesperre neu überprüfen (Vernehmlassung vom 26. April 2005).

6.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erweist sich nach dem Gesagten als unbegründet und ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 1 OG in Verbindung mit Art. 153 und Art. 153a OG). Es sind keine Parteientschädigungen geschuldet (Art. 159 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird den Beschwerdeführern unter Solidarhaft auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Beschwerdeführern, dem Regierungsrat und dem Verwaltungsgericht, 2. Abteilung, 2. Kammer, des Kantons Zürich, sowie dem Bundesamt für Migration schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 4. August 2005

Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: